

Rechtsfragen der Liberalisierung der Energiewirtschaft

Salje, Peter

Veröffentlicht in:
Jahrbuch 2000 der Braunschweigischen
Wissenschaftlichen Gesellschaft, S.31-40



J. Cramer Verlag, Braunschweig

PETER SALJE, Hannover

Rechtsfragen der Liberalisierung der Energiewirtschaft

Braunschweig, 11.02.2000*

Wer sich in die Rechtswissenschaften einarbeitet, lernt nach der Unterscheidung zwischen Zivilrecht, Strafrecht und (sonstigem) Öffentlichem Recht die besondere Bedeutung des Bürgerlichen Rechts kennen. Gerade weil mit dem Vertragsrecht und seinen Ausformungen im Schuldrecht in einem frühen Stadium der juristischen Ausbildung begonnen wird, verhält es sich wohl hier so wie – Sie mögen mir den Vergleich verzeihen – der Prägung der Graugänse: Was man zuerst erblickt, erhält einen hohen Stellenwert zugewiesen. Wenn ich junge Juristinnen und Juristen fragen würde, den gesellschaftlichen Rang des Bürgerlichen Rechts im Verhältnis zum Wettbewerbs- und Kartellrecht zu bestimmen, würden sich viele wegen der jedermann betreffenden Materie des Bürgerlichen Rechts eindeutig in diese Richtung entscheiden.

Trotz dieser so bestätigten hohen Bedeutung des Schuldvertragsrechts mag die Frage dennoch erlaubt sein: Sind Regelungen zum Zustandekommen von Verträgen, über Mängelgewährleistung und deren Verjährung, über die Transparenz von AGB und Kreditkonditionen sowie die Haftung für fehlerhafte Produkte und den Widerruf unüberlegt abgeschlossener Verträge jedenfalls, wenn man sich aus der quasi mikroökonomischen Froschperspektive des Verbrauchers löst, tatsächlich von so hoher Bedeutung? Bieten die Zielsetzungen der Europäischen Union, so wie sie beispielsweise im Binnenmarktziel und in den vier Grundfreiheiten des EG-Vertrages niedergelegt sind, nicht vielmehr einen weit bedeutsameren Ansatzpunkt für Europäische Rechtsharmonisierung und Verbraucherschutz? Nützt dem Bürger die „kleine Münze des Verbraucherrechts“ wirklich etwas, wenn er mächtigen Unternehmen gegenübersteht, die Preise und Mengen von Bedarfs- und Investitionsgütern bestimmen und vielleicht sogar manipulieren?

I. Europäische Märkte für Energie

Um einen Einblick in die Schichtung „gesellschaftsbedeutsamer Rechtsquellen“ zu gewinnen und gleichzeitig den Stellenwert des Schuldrechts – Leistungsfähigkeit und Grenzen – zu bestimmen, soll an das aktuelle Beispiel der Belieferung mit Energie (Gas und Elektrizität) über feste Leitungswege angeknüpft werden.

* Vortrag vor der Plenarversammlung der Braunschweigischen Wissenschaftlichen Gesellschaft

1. Leitsätze zur Reform der Elektrizitätsmärkte

Der europäische Gesetzgeber hat es sich zum Ziel gesetzt, die leitungsgebundene Energiewirtschaft jedenfalls schrittweise dem Wettbewerb auszusetzen. Dies erschien noch vor Jahren undenkbar, hielt man doch aufgrund der Faktizitäten dieser Wirtschaftszweige eine Liberalisierung für praktisch unmöglich¹. Dies wurde mit den „Besonderheiten“ der Energiewirtschaft begründet, die mit der Leitungsgebundenheit zusammenhängen: Weil es zu teuer sei, Parallelleitungen zwecks Versorgung von Tarifkunden zu verlegen, müsse die Versorgung mit Elektrizität und Gas notwendig im Wege eines Gebietsmonopols erfolgen.

Der Konkurrenzmechanismus bildet die **Fortsetzung des Gewaltenteilungsgrundsatzes** für die Wirtschaft. Dazu ein **Beispiel**:

Bisher hat in Deutschland der Betreiber eines Verteilungsnetzes das Recht gehabt, die Kunden in seinem Gebiet allein und ausschließlich mit Gas oder Elektrizität zu versorgen. Das Leitungsmonopol wurde in ein Versorgungsmonopol transformiert. Der Kunde hatte wegen dieses Rechts des Gebietsmonopolisten, mit Gestattung der Gemeinde alleiniger Eigentümer von Leitungen zu sein, keine Wahlmöglichkeit. Selbst große Nachfrager nach Energie (Industrieunternehmen) konnten dem Angebotsmonopol nicht ausweichen, weil ihnen die Gemeinden die Verlegung eigener Versorgungsleitungen nicht gestatteten. Nur wer in der Lage war, mit der damals in Deutschland noch erforderlichen Genehmigung eine eigene Erzeugungsanlage für Elektrizität zu bauen und zu betreiben, konnte dem Monopol entgehen.

Die Benutzung fremder Versorgungsnetze scheint zunächst deshalb unmöglich durchzusetzen zu sein, weil sie ja in fremdem Eigentum stehen. Zur Überwindung dieses Hindernisses hat der EU-Gesetzgeber das Eigentumsrecht an Infrastruktureinrichtungen wie Leitungsnetzen in seine Bestandteile zerlegt: Während der Bestand des Eigentums zugunsten des Netzbetreibers gewährleistet bleibt, wird die Ausübung der Netzbefreiheit beschränkt, indem der Netzeigentümer verpflichtet wird, Einspeisungen und Einleitungen in sein Netz gegen Entgelt zu dulden. Dies beruht auf der aus dem US-amerikanischen Recht stammenden „essential facilities-Doktrin“², wonach der Eigentümer einem Konkurrenten die Mitbenutzung der zur Herstellung von Wettbewerb notwendigen Infrastruktureinrichtung gestatten muß. Der durch Rockefeller vor mehr als hundert Jahren auf den US-amerikanischen Ölmärkten ausgelöste Verknappungsschock sitzt nach wie vor tief: Damals hatte *Rockefeller* als Inhaber von Standard Oil (heute Exxon) die unerwünschte Konkurrenz dadurch in die Knie gezwungen, daß er die Transportkapazitäten für Rohöl aufkaufte und damit die Konkurrenz von der Nutzung dieser Transportmöglichkeiten ausschloß.

Zwar ist der Begriff der Infrastruktureinrichtung bzw. der „wesentlichen Einrichtung“ nach wie vor nicht vollständig geklärt, aber es können darunter jedenfalls Flug-

¹ Anders bereits frühzeitig GRÖNER, Die Ordnung der deutschen Elektrizitätswirtschaft, Baden-Baden 1975, insbes. S. 121 ff.

² Überblick bei KLIMISCH/LANGE, Zugang zu den Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen, WuW 1998, S. 15ff.

reservierungssysteme, Liniendienste, See- und Flughäfen sowie Rohr- und Elektrizitätsleitungen fallen. Dabei wird die „Enteignung“ des Inhabers der Infrastruktureinrichtung, die mit der Duldung der Mitbenutzung durch Konkurrenten verbunden ist, unter Zahlung eines angemessenen Entgelts entschädigt; man könnte von einer „privatnützigen Enteignung“ sprechen, wenn es nicht lediglich um die Ausübung der Eigentümerbefugnisse ginge.

Außerdem hat der deutsche Gesetzgeber die frühere Investitionskontrolle im Hinblick auf Erzeugungsanlagen und Netze für die Energieversorgung aufgehoben. Im Rahmen der allgemeinen Bau- und Umweltschutzvorschriften kann nun jedermann Kraftwerke bauen und Leitungen verlegen. Die Gemeinden sind verpflichtet, ihre Straßen und Wege für den Leitungsbau zur Verfügung zu stellen. Fälle wie die des **Industrieunternehmens**, das – an beiden Seiten einer Durchgangsstraße gelegen – mit der eigenen Elektrizitätserzeugungsanlage zwar den links von der Straße gelegenen Fabrikteil versorgen konnte, aber an der Durchquerung der Straße durch gültige Absprachen zwischen Versorger und Gemeinde³ gehindert wurde, gehören endgültig der Vergangenheit an. Dies ermöglicht es jedem Energiebenutzer, die für ihn günstigste Versorgungsmöglichkeit zu wählen.

2. Ökonomische Auswirkungen

Nach Inkrafttreten des neuen Energiewirtschaftsrechts, das zunächst nur die Elektrizitätswirtschaft umfassend liberalisierte, sind die Strompreise zunächst für Großverbraucher und dann auch für mittlere Verbraucher stark gefallen. Seit Mitte des Jahres 1999 können auch Tarifkunden und damit auch Haushalte Preisvorteile bis zu 25% realisieren. Einen Zusammenbruch der Elektrizitätsnetze wegen der vielen neuen Angebote, die – nach Durchleitung durch fremde Versorgungsnetze – von den Kunden teilweise bereits wahrgenommen worden sind, hat es nicht gegeben.

II. Wirtschaftsorganisationsrecht und Schuldrecht

Die Juristen sind es gewöhnt, rechtliche Anknüpfungspunkte für den Schutz von Verbrauchern auf der Ebene des Schuldvertrages anzusiedeln. Gegen unangemessene Allgemeine Geschäftsbedingungen des Anbieters hilft die richterliche Inhaltskontrolle. Überraschungen beim Vertragsschluß können kompensiert werden, wenn ein gesetzliches Widerrufsrecht angeordnet wird. Die Transparenz der Vertragskonditionen wird erhöht, wenn der Anbieter wie bei Kreditverträgen verpflichtet wird, vergleichbare Einzelheiten des Angebotes schriftlich niederzulegen und der Vertrag nur bindend wird, wenn dieser schriftlich zustandekommt.

³ Ausschließlichkeitsrecht in Konzessionsverträgen, vgl. aber heute Art. 4 § 1 Neuregelungsgesetz.

Der Schutz des Verbrauchers ist aber am meisten gefährdet, wenn er entweder die erwünschte Leistung gar nicht oder nur zu einem Preis erhält, der z. B. im Vergleich zu ausländischen Märkten als unangemessen überhöht erscheint. Ist der Verbraucher auf die Ware oder Dienstleistung angewiesen, helfen ihm hier weder das Gesetz über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen noch Widerrufs- und Rücktrittsmöglichkeiten. Preishöhe und „ob“ der Leistungserbringung betreffen eine „übervertragliche“ Ebene und damit das Wirtschaftsorganisationsrecht.

1. Kontrahierungszwang und Genehmigungspflicht

Der Gesetzgeber kann versuchen, das Funktionieren eines Wirtschaftszweiges durch dirigistische Maßnahmen zu erzwingen. Möglich ist es, durch Einführung von Kontrahierungszwang sicherzustellen, daß der Anbieter die Erbringung der Leistung nicht mehr verweigern kann⁴. Diese Regulierung wird aber im Regelfall zu weiteren bindenden Festlegungen führen, weil der Inhalt der zu erbringenden Leistung sowie der Preis dann ebenfalls festzulegen sind, soll das Institut des Kontrahierungszwangs nicht leerlaufen. Im deutschen Recht sind es die sog. Allgemeinen Versorgungsbedingungen (AVB), die als Rechtsverordnung erlassen worden sind und Allgemeine Geschäftsbedingungen für die Bereiche Elektrizität, Gas, Wasser und Fernwärme bindend festlegen. Zusätzlich gibt es in der Elektrizitätswirtschaft die Pflicht, Tarifikundenpreise vorab genehmigen zu lassen (§ 12 BTOElt).

Neben die allgemeine Marktkontrolle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und der Art. 81 ff. EG hat der deutsche Gesetzgeber daher branchenspezifisches **Wirtschaftsorganisationsrecht** gestellt. Darunter ist eine Regulierung zu verstehen, die den Aktionsrahmen eines Wirtschaftszweiges festlegt und Regelungen über die Marktzulassung, Mindestvoraussetzungen für Inhaber und Betriebsleiter, Mindestausstattungen des Unternehmens sowie Mechanismen zum Schutze der Kunden enthält. Beispiele in Deutschland sind das Banken und Sparkassen betreffende Kreditwesengesetz, das Telekommunikationsgesetz sowie das Energiewirtschaftsgesetz. In viel umfassenderer Form als das Schuldrecht ist das Wirtschaftsorganisationsrecht in der Lage, das Funktionieren der branchenspezifischen Märkte zu beeinflussen.

Die Energiewirtschaft bildet ein Schulbeispiel für die Vorzugswürdigkeit wettbewerblcher Marktbedingungen. Mit Hilfe einer drastischen Regulierung (Kontrahierungszwang kombiniert mit strikter Preisgenehmigung) schien der Verbraucher von

⁴ Zu Begriff und Arten vgl.: NIPPERDEY, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920, S. 7; BYDLINSKI, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 180 (1980), S. 1, 16 m. Nachw.; KILIAN, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180 (1980), S. 47, 82; SCHULTE, Anmerkung zum Beschluß des OLG Karlsruhe vom 31.3.1976, NJW 1976, S. 1210; HERRMANN, Anwendungsprobleme des Stromeinspeisungsgesetzes, VEnergR Bd. 80, Baden-Baden 1996, S. 101 f.

Elektrizität in der Vergangenheit gut vor Übervorteilungen geschützt. Jede Preiserhöhung mußte von der Energieaufsichtsbehörde (Wirtschaftsministerium) genehmigt werden. Diese Genehmigungspflicht besteht nach wie vor, ist aber faktisch unbedeutend geworden, weil dieselben Verbraucher Tarifangebote erhalten, die sie um mindestens 20% besser als in der Vergangenheit stellen. Obwohl sich die Marktbedingungen bei der Erzeugung und Verteilung von Elektrizität nicht verändert haben, insbesondere kaum ausländische Konkurrenz auf den deutschen Elektrizitätsmärkten für Tarifikunden wirksam geworden ist, bieten die Unternehmen dieselbe Leistung im Wettbewerb untereinander weit günstiger an als dies bisher möglich schien. Man könnte fast meinen, die energieaufsichtsbehördliche Preiskontrolle habe dazu geführt, die Preise künstlich überhöht zu halten; erst der Wettbewerb hat „die Luft herausgelassen“.

III. Auswirkungen der Energierechtsreform auf Allgemeine Versorgungsbedingungen

Das nationale deutsche Recht kennt seit 1979 eine abschließende und zwingende Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Tarifikunden-Lieferverträge **durch Rechtsverordnung**⁵. In fast 40 Paragraphen sind die Rechte und Pflichten der Parteien des Energieliefervertrages festgelegt. Für Großkunden gibt es darüber hinaus individuelle Lieferverträge, die in der Vergangenheit teilweise standardisiert gewesen sind⁶. Zwischen zwingendem Recht der Tarifikundenverträge und den individuell ausgehandelten Sonderkundenverträgen verwenden die EVU für den mittleren Sonderkundenbereich vorformulierte Lieferverträge, bei denen die AVB inhaltlicher Bestandteil werden. Dies hebt die besondere Bedeutung dieser Rechtsverordnungen hervor, weil vermutlich weit mehr als 50% der Energielieferungen nach diesen AVB abgewickelt werden.

1. Einheit von Anschluß und Versorgung

§§ 10, 11 EnWG sowie die AVB gehen wie selbstverständlich davon aus, daß Anschluß des Tarifikunden und dessen Versorgung in einer Hand liegen. § 2 AVB spricht allein vom „Versorgungsvertrag“, der offenbar den Anschluß mitumfassen soll. Ein besonderer Anschlußvertrag ist nicht vorgesehen.

Dies widerspricht der neuen Rechtslage: Da gem. § 6 Abs. 1 EnWG Versorgung auch im Wege der Durchleitung zulässig ist, können Anschluß (durch den örtlichen Netzbetreiber) und Versorgung (durch ein drittes Unternehmen im Wege der Durchleitung) auseinanderfallen. Da der Tarifikunde es dann mit zwei Unternehmen zu tun hat, müssen

⁵ Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifikunden (AVB EltV) v. 21.6.1979, BGBl. I S. 684; Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifikunden (AVB GasV) v. 21.6.1979, BGBl. I S. 676.

⁶ Vgl. dazu MALZER, Das Recht der Energielieferungsverträge, Heidelberg 1976; EBEL, Energielieferverträge, 2. Aufl. Heidelberg 1992.

möglicherweise auch zwei Verträge (Anschlußvertrag und Versorgungsvertrag) abgeschlossen werden. Darauf sind die AVB noch nicht eingestellt.

Die fehlende Unterscheidung hat bereits zu Irritationen im Unternehmen-Kunden-Verhältnis geführt. Aus einem Ort in den neuen Bundesländern, der bezeichnenderweise **Finsterwalde** heißt, ist bekannt geworden, daß der Kunde nach dem Wechsel zu einem neuen Stromanbieter vom bisherigen Versorger „abgeklemmt“ wurde. Dies ist aber selbstverständlich nicht zulässig, denn Tarifikunden haben nach § 10 Abs. 1 EnWG sowohl Anspruch auf Anschluß als auch auf Versorgung; es besteht **doppelter** Kontrahierungszwang. Der bisherige Versorger war deshalb bereits nach der Gesetzeslage verpflichtet, den Kunden sofort wieder anzuschließen. Die fehlende Differenzierung in den AVB hat offenbar zu diesem Mißverständnis geführt: Weil das EVU die Kündigung des Liefervertrages mit der Kündigung des Anschlußverhältnisses gleichgesetzt hat (§ 32 AVB unterscheidet insofern nicht), hat sich das Unternehmen zu Unrecht zur Unterbrechung der Versorgung für berechtigt gehalten.

2. Deckung des gesamten Energiebedarfs

Nach § 3 Abs. 1 AVBEltV/GasV ist der Kunde verpflichtet, seinen gesamten Energiebedarf „aus dem Verteilungsnetz des EltVU“ bzw. seinen gesamten Gasbedarf „aus dem Versorgungsnetz des GasVU zu decken“. Daß versorgendes Unternehmen und den Anschluß unterhaltendes Unternehmen nicht personenidentisch sein müssen, wird von dieser Bestimmung noch nicht erfaßt. Die darüber hinaus angeordnete „Gesamtbedarfsdeckung“ schließt es aus, daß der Kunde Elektrizität oder Gas von mehreren EVU – quasi tranchenweise – bezieht. Sowohl europäisches als auch deutsches Kartellrecht behandeln derartige Gesamtbedarfsdeckungsklauseln als Wettbewerbsbeschränkung, die nicht in jedem Fall erlaubt ist⁷.

Eine ausschließliche Bindung an ein bestimmtes EVU war im Zeitalter der Gebietsversorgung selbstverständlich; der Kunde hatte ohnehin keine Auswahl. Nach Freigabe des Netzzugangs und in den Zeiten der Durchleitung wirkt die Verpflichtung, die sich zusätzlich auf § 10 Abs. 2 EnWG berufen kann, jedenfalls anachronistisch: Kein Heizöl-bezieher ist verpflichtet, jahrein jahraus Heizöl immer bei demselben Händler zu beziehen. Für Kleinverbrauchsmengen mag (aus Kostengründen) die Verpflichtung zur Gesamtbedarfsdeckung bei nur einem Unternehmen noch seine Berechtigung haben; da ein Tarifikundenverbrauch aber bis zu 30.000 kWh betragen kann⁸, können Kostengründe für eine solche Regelung nicht mehr angeführt werden.

Die Regelung steht auch mit einer neuen Entwicklung nicht in Einklang, die sich in Großbritannien im Erprobungsstadium befindet. Dort werden in Tankstellen und Su-

⁷ Sog. Ausschließlichkeitsbindung im Vertikalverhältnis, Art. 81 EG und § 16 GWB. Aus der Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Gesamtbedarfsdeckungsklauseln: OLG Schleswig WuW/E OLG 3042; OLG Hamburg WuW/E OLG 3195.

⁸ Vgl. § 2 Abs. 7 KAV.

permärkten „**Stromkarten**“ verkauft, die in der Art einer Geldkarte in einen beim Kunden vorhandenen Zähler gelegt werden können und die Energieentnahme solange ermöglichen, bis der gekaufte „Vorrat“ aufgebraucht ist. Bei standardisierten Zähleinrichtungen wird es zukünftig möglich sein, die Strom- oder Gaskarte von beliebigen Anbietern zu kaufen. Das intelligente Zählgerät meldet dem Netzbetreiber zurück, welche Karte von welchem Anbieter gerade eingelegt und „aufgebraucht“ wird. Dies führt zwangsläufig dazu, daß sich der Kunde während einer Abrechnungsperiode (z. B. Kalenderjahr) von mehreren Anbietern versorgen läßt. Dieses kundenfreundliche und wettbewerbsorientierte Abrechnungsverfahren ist aber wegen der in Deutschland damit nicht zu vereinbarenden Gesetzes- und Verordnungslage derzeit nicht zulässig.

3. Eigentum am Hausanschluß

Das Monopol des örtlichen Verteilungsnetzbetreibers wird zusätzlich durch die Regelung zum Hausanschluß abgesichert. Hausanschluß ist nach § 10 Abs. 1 AVBEltV die Verbindung des Verteilungsnetzes mit der Kundenanlage und umfaßt den Abzweig vom Netz bis zum Übergabepunkt (Hausanschlußsicherung, Zähler). Dies bedeutet, daß der Hausanschluß ganz überwiegend über das Grundstück des Kunden verläuft. Dennoch stehen Hausanschlüsse nach § 10 Abs. 4 Satz 1 AVB im Eigentum des Versorgungsunternehmens, müssen aber nach § 10 Abs. 5 AVB gleichwohl vom Kunden bezahlt werden.

In einer wettbewerbsorientierten Energieversorgung wird der Kunde durch diese Regelung stark behindert: Selbst wenn es ihm gelingen sollte, preisgünstige Energie z. B. von einem benachbarten Windenergiebetreiber einzukaufen, dürfte er die Hausanschlußleitung nicht benutzen, weil sie im Eigentum des EVU steht, obwohl der Kunde sie bezahlen mußte. Damit wirkt sich § 10 AVBEltV wettbewerbsbeschränkend aus und muß angesichts der Liberalisierung der Energiemärkte gestrichen werden. Zukünftig sollte es der Verhandlung zwischen EVU und Kunden obliegen, wer entsprechend den technischen Spezifikationen den Hausanschluß baut und wem er gehört. Der Kunde wird dann entsprechende Angebote einholen und sich für die eine oder andere Lösung entscheiden. Weil der Kunde in seinen Wahlmöglichkeiten im liberalisierten Energiemarkt viel zu sehr eingeschränkt wird, wenn ihm zwingend der EVU-seitige Bau des Hausanschlusses auferlegt wird, ist diese Regelung nicht mehr mit den veränderten Rahmenbedingungen vereinbar.

Wahrscheinlich wird es noch Streit bei Entscheidung der Frage geben, ob EVU verpflichtet sind, den auf dem Grundstück des Kunden verlaufenden Teil des Hausanschlusses diesem zu Eigentum und zu eigener Nutzung zu überlassen, wenn er dies wünscht. Für eine kostenlose Überlassungspflicht spricht, daß der Kunde diesen Anschluß meist voll bezahlen mußte, § 10 Abs. 5 AVBEltV. Hat der Anschluß dann über längere Zeit bestanden und hat das EVU deshalb seinen Nutzen aus dieser Geschäftsbeziehung in ausreichendem Umfange gezogen, kommt eigentlich nur eine kostenlose Überlassung an den Kunden in Betracht. Jedenfalls kann und darf das EVU Arbeiten auf dem Grundstück des Kunden nicht behindern, die mit dem Ziel durchgeführt werden, einen neuen Hausanschluß zu einem anderen Anbieter zu bauen und anzuschließen (vgl. aber § 10 Abs. 4 AVBEltV). Zwar ermöglichen die Art. 21 bzw. 20 der Richtlinien Elektrizität/Gas den Bau von Direktleitungen, aber nicht

über Privatgrundstücke (vgl. auch § 13 Abs. 1 EnWG). Ein Hausanschluß ist aber nichts anderes als eine Direktleitung, die noch dazu im fremden Eigentum steht.

4. Zähler- und Meßeinrichtungen

Wechselwillige Energiebezieher wurden in der Vergangenheit häufig damit erschreckt, man müsse für den Austausch der Zählereinrichtungen mit Forderungen des Netzbetreibers in Höhe von mehreren DM 100,- rechnen. Die Meß- und Steuereinrichtungen, die gem. § 18 Abs. 3 Satz 3 AVB dem EVU gehören, sind seit wohl mehreren Jahrzehnten in ihrer technischen Beschaffenheit im wesentlichen unverändert geblieben. Heute gibt es aber moderne Meßsysteme, die auf einer elektronischen Basis arbeiten und zudem in der Lage sind, den Elektrizitätsfluß abhängig von Tarif- und Zeitzone zu steuern. So kann etwa besonderer Nachtstrom aktiviert werden, der dann günstiger abgerechnet wird, wenn die Waschmaschine nachts läuft oder der Nachtspeicherofen in Betrieb gesetzt wird. Durch sog. Rundsteueranlagen ist es zudem möglich, zu vordefinierten und vereinbarten Zeiten mit dem Ziel, teure Vorhaltekapazitäten zu vermeiden, die Stromlieferung wie vereinbart kurzfristig zu vermeiden, um Lastspitzen (z. B. mittags) auszuschließen. Auch die bereits erwähnten Stromkarten sind nur bei Inbetriebnahme neuartiger Zählereinrichtungen möglich.

Die Bindung des Kunden an Endgeräte, die vom Netzbetreiber gestellt werden und in dessen Eigentum bleiben (also gemietet werden müssen), ist aus der Fernsprechbranche bekannt. Zu den Zeiten der Deutschen Bundespost mußte der Haushaltskunde sein Telefon von der Post kaufen oder mieten. Die Monopolsituation des Telefonanbieters wurde auf den Endgerätemarkt übertragen. Es ist absehbar, daß bei der Energieversorgung trotz nicht zu verkennender Unterschiede eine ähnliche Entwicklung zu verzeichnen sein wird. Der Kunde wird dann Meß- und Steuergeräte nach eigenem Bedarf in Betrieb nehmen dürfen, wenn diese die technischen Vorschriften einhalten. Der unerlaubte Eingriff in die Meßeinrichtung kann mit technischen Mitteln leicht verhindert werden. Es ist nicht einzusehen, daß der Wettbewerb auf den Energiemärkten durch unangemessen wettbewerbsbeschränkende und noch dazu zwingende Vorgaben in Rechtsverordnungen behindert wird. Auch eine Liberalisierung des Meß- und Zählerwesens ist daher unumgänglich.

IV. Leistungsfähigkeit und Grenzen des energiebezogenen Schuldrechts – ein Fazit

Am Beispiel des Energiewirtschaftsrechts können jetzt Leistungsfähigkeit und Grenzen des Zivilrechts im Verhältnis zum Wirtschaftsorganisationsrecht aufgezeigt werden. Obwohl sich beide Normfelder nicht trennscharf voneinander unterscheiden, läßt sich doch eine Aufgabenteilung zwischen Schuldrecht und Wirtschaftsorganisationsrecht feststellen.

1. Grobsteuerung und Feinststeuerung

Da das Wirtschaftsorganisationsrecht (Wettbewerbs- und Kartellrecht) der Marktschaffung, Markterneuerung durch ständige Innovation, Senkung von Marktzutritts-

schränken sowie der Markterhaltung dient, kommt ihm eine Art Grobsteuerungsfunktion zu. Nur sehr global kann mit den Mitteln der kartellbehördlichen Aufsicht erreicht werden, Vermachtungstendenzen von Märkten sowie wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen einzelner Marktteilnehmer entgegenzuwirken.

So herrscht immer noch große Unsicherheit bei der Bewertung von horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen auf der Anbieterseite im Vergleich zu solchen auf der Nachfragerseite. Während ein Anbieterkartell dem Hochhalten der Preise dient, stellt ein Nachfragekartell (sog. Einkaufskooperation) eine im Grunde ähnlich zu bewertende Veranstaltung auf der Marktgegenseite dar. Der Unterschied besteht nur darin, daß das Nachfragekartell auch zur Begrenzung des Preisspielraums der Anbieter führt, also tendenziell niedrige Preise bewirkt. Wenn man davon ausgeht, daß diese teilweise an die Letztverbraucher weitergegeben werden, müssen Nachfragekartelle eigentlich positiver als Angebotskartelle beurteilt werden. In der derzeitigen Umbruchsituation auf den Energiemärkten scheint es tatsächlich so zu sein, daß in weitgehendem Umfang Stromeinkaufskooperationen zugelassen werden⁹. Das Kartellrecht ist im Vergleich zum Schuldrecht ein viel stärker wertendes, wirtschaftspolitisch geprägtes Recht.

Demgegenüber kommt dem Vertragsrecht die Feinsteuerungsfunktion zu. Existiert der Markt und kommt der Vertrag zustande, so können die einzelnen Rechte und Pflichten (Konditionen des Vertrages) bindend festgelegt und dafür Sanktionsmechanismen bereitgestellt werden. Letztlich beschränkt sich diese Feinsteuerung aber auf die Nebenbedingungen, während die Hauptleistungspflichten nach dem Alles oder Nichts-Prinzip behandelt werden (Rechtsfolgen bei Unmöglichkeit, Verzug, Gesetzes- und Sittenwidrigkeit). Gerade Wucher- und allgemeiner Sittenwidrigkeitstatbestand sind viel zu grob gestrickt als daß sie in der Lage wären, eine Feinsteuerung des Äquivalenzverhältnisses zu übernehmen. Deshalb muß der Marktmechanismus in der Lage sein, für die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung zu sorgen.

2. Überbau vs. Unterbau

Nach der sog. materialistischen Geschichtsauffassung von *Karl Marx* sind die gesellschaftlichen Phänomene in Überbau und Unterbau zu teilen. Diese beiden konstituie-

⁹ Dazu einschränkend HERRMANN/DICK, Einkaufskooperationen zum Zwecke des gemeinsamen Einkaufs von Strom?, WuW 1999, S. 1071, 1077 f. (Beschränkung von Einkaufskooperationen i. S. von § 4 Abs. 2 GWB auf Nachfrager, die miteinander im Absatzwettbewerb stehen). Überblick bei KÜHNE, Rechtsfragen der Kooperation in der Energiewirtschaft, RdE 1998, S. 41 ff. = VEnergR Bd. 85, Die Energiewirtschaft im Gemeinsamen Markt, hrsg. von J. F. BAUR, Baden-Baden 1998, S. 79 ff.; SALJE, Kartellrechtliche Grenzen der Kooperation, ET 1999, S. 625 ff. Allgemein zu den Kooperationsmöglichkeiten auf der Basis der alten Fassung des GWB: LUTZ, Kartellverbot und zwischenbetriebliche Kooperation im deutschen Wettbewerbsrecht, Gewerbearchiv 1997, S. 265 ff.; WIEDEMANN/SCHULTZ, Grenzen der Bindung bei langfristigen Kooperationen, ZIP 1999, S. 1 ff.; SALJE, Die mittelständische Kooperation zwischen Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, Tübingen 1981.

renden Teile der Gesellschaft wirken wechselseitig aufeinander ein. Während der Unterbau durch das ökonomische System (z. B. Kapitalismus, Marktwirtschaft) gebildet wird, rechnen zum Überbau die Kulturerscheinungen wie Politik, Kunst, Wissenschaft, Recht usw.

Wendet man diese – isoliert betrachtet natürlich völlig unzureichende – Unterscheidung auf Wirtschaftsordnung und Zivilrecht an, so bildet das klassische Schuldvertragsrecht mit seinen Rechtsinstitutionen den Überbau, der das Marktgeschehen aber nur teilweise zu beeinflussen vermag. Viel stärker sind nämlich die Einflüsse von seiten des strikt ökonomisch geprägten Unterbaus, wobei das ökonomische System durch das Wettbewerbs- und Kartellrecht zu bändigen versucht wird. Zwar wird der klassische Zivilrechtler möglicherweise immer noch glauben, daß er mit seinen Mitteln das Wirtschaftsgeschehen zu beeinflussen und zu kontrollieren vermag; in Wirklichkeit gehen aber die entscheidenden Einflüsse von Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnissen aus.

Entwickelt man diesen selbstverständlich überspitzten Ansatz konsequent zu Ende, muß das Recht (als Wirtschaftsorganisationsrecht) unmittelbar bei den Märkten ansetzen und darf sich nicht (vornehm) auf das klassische zivilrechtliche Instrumentarium zurückziehen. Falsch war es deshalb, daß das Reichsgericht im Jahre 1897 gegen die die Marktbedingungen verändernden Kartelle unter Berufung auf die Vertragsfreiheit nicht einschritt¹⁰. Vielmehr muß unter Berücksichtigung der Abhängigkeit des Überbaus vom Unterbau primär versucht werden, über strikte Wettbewerbs- und Kartellrechtsregeln die Märkte offen und innovationsfähig zu halten. Das klassische Zivilrechtsinstrumentarium kann erst funktionieren, wenn das Marktrecht die Möglichkeit zum Vertragsschluß sowie das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung bereits abgesichert hat.

3. Rahmenregelung vs. technische Durchführung

Das Wirtschaftsorganisationsrecht bildet die Rahmenregelung für das Funktionieren von Märkten. Dabei steht das allgemeine Kartellrecht (GWB und Art. 81 ff. EG) neben speziellem Branchenorganisationsrecht (KWG, TKG, EnWG). Dem Zivilrecht, insbesondere Schuldrecht und Sachenrecht, ist die technische Durchführung der marktförmigen Aktivitäten von Anbietern und Nachfragern überlassen. Weil im Vorfeld des Vertrages kaum Einflußmöglichkeiten des Zivilrechts bestehen und das Äquivalenzverhältnis der Hauptleistungen im Grunde nicht kontrolliert werden kann, stößt das Zivilrecht schnell an die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit. Außer im Recht der AGB herrscht das Alles- oder Nichts-Prinzip vor, und Nichtigkeit sowie Schadensersatz als typische Sanktionsmechanismen bieten einem Nachfrager wenig Hilfestellung, wenn er auf Leistung zu angemessenen Preisen und damit den Abschluß des Vertrages angewiesen ist.

¹⁰ RGZ 38, 155, 158 ff. - Sächsisches Holzstoffkartell.